

---

# Théorie de la norme juridique et de son application

Olivier Cayla

---



**Édition électronique**

URL : <https://journals.openedition.org/annuaire-ehess/19499>

ISSN : 2431-8698

**Éditeur**

EHESS - École des hautes études en sciences sociales

**Édition imprimée**

Date de publication : 1 janvier 2009

Pagination : 546-547

ISSN : 0398-2025

**Référence électronique**

Olivier Cayla, « Théorie de la norme juridique et de son application », *Annuaire de l'EHESS* [En ligne], 1 2009, mis en ligne le 15 mai 2015, consulté le 20 mai 2021. URL : <http://journals.openedition.org/annuaire-ehess/19499>

---

Ce document a été généré automatiquement le 20 mai 2021.

EHESS

---

# Théorie de la norme juridique et de son application

Olivier Cayla

---

Olivier Cayla, *directeur d'études*

## Le droit d'exception

- 1 LE séminaire a porté cette année sur la question du droit d'exception. Il a été conduit dans la discussion avec Bernard Harcourt, professeur de droit pénal à l'Université de Chicago, invité par l'École pendant l'année 2007-2008. L'étude a été consacrée à deux utilisations différentes de la logique d'exception à l'intérieur du discours juridique dans les sociétés contemporaines, notamment en matière pénale.
- 2 B. Harcourt a essayé de montrer que la logique de l'exception rend compréhensible la pensée juridique américaine contemporaine. Ce qui joue le rôle de l'exception aujourd'hui aux États-Unis, c'est précisément le domaine pénal, car il représente dans l'imaginaire contemporain américain l'extrémité, la limite, la frontière du marché libre. Celui-ci est caractérisé par une certaine rationalité économique qui est supposée produire un ordre spontané dans les affaires et les échanges dits « volontaires et compensés ». En revanche, c'est la sanction pénale qui assure cette liberté du marché en veillant à ce que les citoyens n'évitent pas l'échange volontaire. D'où la position du magistrat et professeur Richard Posner suivant laquelle la fonction du droit pénal dans une société capitaliste serait de prévenir ce qu'il appelle le « *market bypassing* », c'est-à-dire le détournement par la fraude du marché. La sanction pénale joue un rôle d'exception en garantissant que personne ne dévie des échanges volontaires. Elle n'est pas un lieu d'ordre naturel, mais au contraire celui de la légitime intervention coercitive et assez brutale de l'État. B. Harcourt a essayé de tracer la généalogie de cette manière de penser et de ce discours néolibéral, en commençant par un contraste très aigu avec la pensée dominante au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle en France et en Italie. À cette époque, la police du commerce et des marchés était assez intense et, à travers l'oeuvre

de Cesare Beccaria, devint le modèle même de l'intervention pénale : le pénal et le marché étaient imbriqués d'une manière intégrale. Il n'y avait ni règle ni exception, mais au contraire une foncière continuité entre marché et police, une fluidité de réglementation. Comment le pénal a-t-il donc fini par devenir le domaine de l'exception et à quel prix ? B. Harcourt a proposé de voir dans les années 1760 et la pensée physiocratique de Quesnay et Le Mercier de La Rivière la source de cette nouvelle conception. À travers les concepts d'ordre naturel et de despotisme légal, les physiocrates ont transformé la manière de penser l'intervention gouvernementale, la déplaçant du centre des relations sociales et économiques à la frontière ou la limite du marché. Retracer cette généalogie permet ainsi de mieux comprendre un aspect essentiel de la relation entre droit et exception – ou, ce que l'on pourrait aujourd'hui appeler, le droit d'exception.

- 3 De son côté, O. Cayla s'est intéressé à une autre conception contemporaine du droit pénal, surtout présente, quant à elle, en Europe occidentale, qui admet la nécessité d'une dérogation exceptionnelle aux principes libéraux du droit pénal moderne – essentiellement théorisée par Beccaria –, lorsqu'il s'agit d'apporter une réponse sociale à une criminalité n'apparaissant plus seulement comme une source de « trouble à l'ordre public », mais plus fondamentalement comme une transgression intolérable de l'ordre de l'humanité. Un tel droit pénal, qui trouve son origine dans le procès de Nuremberg et dans la catégorie de « crime contre l'humanité », apparaît ainsi foncièrement comme un droit pénal d'exception, c'est-à-dire comme un droit pénal qui, au nom du principe supérieur de « dignité de la personne humaine », fait exception au droit pénal libéral fondé par les droits de l'homme. Cette conception contemporaine, qui se développe autant en droit international qu'en droit interne, pose des problèmes institutionnels majeurs dans les démocraties contemporaines. C'est sur cette incidence politique et institutionnelle du droit pénal d'exception fondé sur la dignité humaine que l'analyse a porté principalement.

## Publications

- *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, codirigé avec Jean-Louis Halpérin, Paris, Dalloz, 2008, 620 pages.
- Articles « Austin », « Habermas », « Hobbes », « Kelsen », « Rousseau », dans *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, sous la dir. de O. Cayla et J.-L. Halpérin, Paris, Dalloz, 2008.
- « Les juristes à l'épreuve du tournant pragmatique », dans *Le droit dérobé*, Montchrestien, « Grands colloques », sous la dir. de D. Rousseau, 2007, p. 37-46.
- « L'angélisme d'une théorie pure (du droit) chez Habermas », *Revue du droit public*, 2007, n° 6, p. 1541-1568.

## INDEX

**Thèmes :** Droit et société